

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160059-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die Oberrichter Dr. H.A. Müller und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Beschluss und Urteil vom 21. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 8. August 2016 (EE160010-B)

Rechtsbegehren (Urk. 1 sinngemäss):

Es sei das Getrenntleben unter Regelung der Folgen zu bewilligen.

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht
Andelfingen vom 8. August 2016 (Urk. 16 S. 9 f.):**

Es wird erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien gemäss Art. 175 ZGB auf unbestimmte Zeit zum Getrenntleben berechtigt sind und bereits getrennt leben.
2. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2006, D._____, geboren am tt.mm.2007, und E._____, geboren am tt.mm.2008, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt. Die Kinder haben ihren Wohnsitz bei der Klägerin.
3. Der Beklagte wird berechtigt und verpflichtet, die Kinder C._____, D._____ und E._____ in den geraden Kalenderwochen (d.h. jedes zweite Wochenende) von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Abweichende oder weitergehende Besuchsregelungen sind nach Absprache zwischen den Parteien möglich.

Ferienaufenthalte der Kinder beim Beklagten sind nach Absprache zwischen den Parteien ebenfalls möglich.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt und die Erziehung jedes der Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von je Fr. 200.–, zuzüglich vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen, zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. September 2016.
5. Der Beklagte wird zudem verpflichtet, der Klägerin mit Wirkung ab 1. September 2016 einen persönlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von Fr. 100.– pro Monat, zahlbar jeweils auf Monatsanfang, auszurichten.
6. Die Entscheidgebühr wird auf pauschal Fr. 500.– festgesetzt.
7. Die Kosten des Verfahrens werden auf die Staatskasse genommen.

8. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
9. (Mitteilungssatz)
10. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 15 S. 2):

1. Die Ziffern 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Andelfingen vom 8. August 2016 seien aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
"4. Es sei festzustellen, dass der Beklagte mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage ist, derzeit Unterhaltsbeiträge für die Kinder C._____, geb. tt.mm.2006, D._____, geb. tt.mm.2007 und E._____, geb. tt.mm.2008, zu bezahlen.
5. Es sei festzustellen, dass der Beklagte mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage ist, der Klägerin persönlich einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen."
2. Eventualiter seien die Ziffern 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Andelfingen vom 8. August 2016 aufzuheben und das Verfahren für einen neuen Entscheid an das Bezirksgericht Andelfingen zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsbeklagten.

Prozessuale Anträge:

1. Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Dem Berufungskläger sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

der Klägerin und Berufungsbeklagten:

keine

Erwägungen:

1. Die Parteien sind seit dem tt. März 2005 verheiratet und Eltern der drei minderjährigen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2006, D._____, geboren am tt.mm.2007, und E._____, geboren am tt.mm.2008. Mit Eingabe vom 6. Juli 2016 reichte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein und stellte den vorerwähnten Antrag (Urk. 1). Am

8. August 2016 fand die vorinstanzliche Eheschutzverhandlung statt, zu welcher der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagte) unentschuldigt nicht erschien (Prot. I S. 2). Gleichentags erging das unbegründete Urteil, das beiden Parteien zugestellt werden konnte (Urk. 7; Urk. 8/1-2). Am 25. August 2016 beantragte der Beklagte rechtzeitig die Begründung des Entscheides (Urk. 9). Der begründete Entscheid wurde ihm am 7. September 2016 zugestellt (Urk. 10; Urk. 12/2).

2. Dagegen erhob der Beklagte am 19. September 2016 fristgerecht Berufung mit den vorne zitierten Rechtsmittelanträgen (Urk. 15). Mit Beschluss vom 17. Oktober 2016 wurde der Berufung die aufschiebende Wirkung erteilt, dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt und der Klägerin Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 23). Innert Frist ging keine Berufungsantwort ein.

3. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte ficht einzig die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 (Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträge) des vorinstanzlichen Entscheides an. Dispositiv-Ziffern 1-3 des vorinstanzlichen Urteils sind in Teilerrechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

4.1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, dass beide Parteien über einen F-Ausländerausweis verfügten, gegenwärtig offenbar kein eigenes Erwerbseinkommen erzielten, sondern vollumfänglich von der Asylkoordination unterstützt würden. Angaben, in welchem Ausmass diese Sozialhilfen ausgerichtet würden, lägen keine vor. Insbesondere fehlten auch jegliche Angaben zur Erwerbsfähigkeit des Beklagten. Ob er aus gesundheitlichen und/oder sozialen Gründen auch in absehbarer Zukunft nicht in den Arbeitsmarkt integriert werden könne, entziehe sich der Kenntnis des Gerichts. Es seien deshalb in Weiterführung einer konstanten Praxis des Bezirksgerichts Andelfingen minimale Unterhaltsbeiträge des Beklagten für die Kinder und die Klägerin festzusetzen. Könne ein Unterhaltspflichtiger trotz aller Anstrengung das lebensnotwendige Einkommen für die Familie und für sich nicht erzielen, habe er Anspruch auf Sozialhilfe. Zum absolut Lebensnotwendigen eines Bedürftigen gehörten neben Nahrung, Unterkunft und Gesundheitsversorgung auch die familiären Unterhaltspflichten. Ob

der Beklagte momentan in der Lage sei, seine familiären Unterhaltspflichten zu erfüllen, könne mangels konkreter Angaben nicht überprüft werden. Sicher sei aber, dass der Beklagte als Vater und Ehemann verpflichtet sei, an den lebensnotwendigen Unterhalt seiner getrennt lebenden Familie beizutragen. Diese Verpflichtung sei deshalb in das Trennungsurteil aufzunehmen, selbst wenn der Beklagte im jetzigen Moment über keine Erwerbsmöglichkeiten verfügen sollte. Daher seien für die drei Kinder die üblichen Fr. 200.– pro Kind und Monat festzusetzen. Dies sei das absolute Minimum, das auch ein erwerbsloser Unterhaltspflichtiger schulde. Ebenso sei ein minimaler Ehegattenunterhaltsbeitrag von Fr. 100.– festzusetzen (Urk. 16 S. 7 f.).

4.2. Zu Recht rügt der Beklagte diese Erwägungen (Urk. 15 S. 6 ff.), da sie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht Rechnung tragen: Nach der mit den BGE 121 I 97, 121 III 301 und 123 III 1 begründeten und in den BGE 126 III 353 E. 1a/aa, 127 III 68 E. 2c, 133 III 57 E. 3 und 135 III 66 E. 2, 137 III 59 E. 4.2.1 (und in zahlreichen weiteren Urteilen) bestätigten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dem Unterhaltsverpflichteten für alle familienrechtlichen Unterkategorien und in Abweichung zum Gleichbehandlungsgrundsatz stets das betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen. Dies hat zur Folge, dass die Unterhaltsberechtigten das ganze Manko zu tragen haben (BGE 140 III 337 E. 4.3; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2010, N 02.63).

4.3. Damit widerspricht die von der Vorinstanz angeführte Praxis des Bezirksgerichts Andelfingen, wonach eine Person unabhängig von ihrer Leistungsfähigkeit zu minimalen Unterhaltszahlungen zu verpflichten sei, der geltenden konstanten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Art. 176 ZGB und ist zu korrigieren.

4.4. Unterhaltsbeiträge könnten einzig festgesetzt werden, falls dem Beklagten ein genügend hohes hypothetisches Einkommen anzurechnen wäre. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Pflichtigen, das Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der Beitragspflicht bildet, abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls

und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss sie aber ausser Betracht bleiben. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht für sämtliche Matrimonialsachen festgehalten (BGE 137 III 118 E. 2.3; 128 III 4 E. 4a S. 5).

4.5. Die Vorinstanz klärte das Leistungsvermögen des Beklagten nicht ab, sondern hielt fest, dass es sich ihrer Kenntnis entziehe, ob er aus gesundheitlichen und/oder sozialen Gründen auch in absehbarer Zukunft nicht in den Arbeitsmarkt integriert werden könne.

4.6. Der Beklagte, der wie erwähnt unentschuldigt nicht an der Hauptverhandlung erschien, belegt seine Leistungsunfähigkeit erstmals im Berufungsverfahren (Urk. 18/2-4; Urk. 18/7; Urk. 22). Es handelt sich bei diesen Urkunden um unechte Noven. Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können einzig dann berücksichtigt werden, wenn – wie der Beklagte dies in seiner Berufungsschrift festhält (Urk. 15 S. 6 f.) – der Vorinstanz vorgeworfen wird, sie habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (vgl. OGer ZH LE140057 vom 20.01.2015 E. 4.4). Dies ist nachfolgend zu prüfen.

4.7. Im eherechtlichen Summarverfahren findet der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 272 ZPO Anwendung. Somit hat das Gericht von Amtes wegen und unabhängig von etwaigen Parteivorbringen und Beweiseingaben die Tatsachen zu ermitteln sowie zu berücksichtigen. Da das Einkommen des Beklagten auch für die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge an die drei minderjährigen Kinder massgeblich ist, kommt diesbezüglich die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) zum Tragen. Um genügend sorgfältig den Sachverhalt zu ermitteln, hätte die Vorinstanz z.B. eine neue Frist zur Einreichung von Unterlagen durch den Beklagten bzw. die Asylkoordination ansetzen können. Indem die Vorinstanz auf jegliche Untersuchungshandlungen verzichtete, aber gleichzeitig einen Unterhaltsbeitrag festlegte, verletzte sie die Untersuchungsmaxime. Folglich sind die entsprechenden erstmals im Berufungsverfahren vom Beklagten ein-

gereichten Urkunden als zulässige unechte Noven zu qualifizieren und daher ausnahmsweise zu berücksichtigen.

4.8. Aus diesen Urkunden ergibt sich, dass der Beklagte seit seiner Ankunft in der Schweiz im Jahr 2005 nie einer geregelten Arbeitstätigkeit nachgegangen ist. Er verfügt weder über Vermögen noch Einkommen, sondern ist seit dem 30. August 2006 vollumfänglich sozialhilfeabhängig. Es werden ihm pro Monat Fr. 917.– zur materiellen Grundsicherung ausbezahlt (Urk. 18/2-4; Urk. 18/7; Urk. 22). Ob er eine berufliche Ausbildung abgeschlossen hat, kann den Akten nicht entnommen werden. Der Beklagte ist psychisch und physisch erheblich beeinträchtigt. In den Austrittsberichten der Klinik ... (Akutpsychiatrie) vom 1. April bzw. 11. Juli 2016 wurden folgende Diagnosen festgehalten: schizoaffektive Störung (gegenwärtig depressiv), akute vorübergehende psychotische Störung, psychische Störungen und Verhaltensstörungen durch Opioiden (Abhängigkeitssyndrom), posttraumatische Belastungsstörung durch Kriegereignisse und mehrjährige Gefangenschaft beim russischen Militär, chronische Virushepatitis C, Hepatitis B sowie eine komplexe Nervenverletzung durch einen Unfall am rechten Unterarm und an der Hand (Urk. 18/5-6).

4.9. Aufgrund dieses Krankheitsbildes und der beruflichen Vergangenheit ist die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ausgeschlossen, da die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt. Mangels Leistungsfähigkeit ist der Beklagte derzeit nicht zu Kinder- bzw. Ehegattenunterhaltsbeiträgen zu verpflichten.

4.10. Keine der Parteien focht den vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsentscheid an (Urk. 16 S. 10 Dispositiv-Ziffern 6 bis 8), weshalb sich eine diesbezügliche Überprüfung erübrigt.

5.1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden. Ausgangsgemäss obsiegt der Beklagte vollständig. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin reichte weder eine Berufungsantwort ein,

noch stellte sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zu prüfen ist, ob sie als unterliegende Partei im Berufungsverfahren dennoch mit Kosten belastet werden kann. Mangels gesetzlicher Grundlage kann eine rechtsmittelbeklagte Partei grundsätzlich nicht durch Distanzierung vom Prozess (Nichtbeteiligung am Rechtsmittelverfahren, insbesondere Verzicht auf Berufungsantwort) jedes Kostenrisiko vermeiden (BGer 5A_61/2012 vom 23. März 2012 E. 2.3; BGE 123 V 156 E. 3.c; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 17 Rn 1564). Folglich wird die Klägerin kostenpflichtig und ist zu verpflichten, dem anwaltlich vertretenen Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine nach den Vorschriften der AnwGebV zu bemessende (volle) Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Deren Höhe ist auch vor dem Hintergrund, dass die unentgeltliche Rechtsvertreterin den Beklagten erst im Berufungsverfahren vertritt, auf insgesamt Fr. 2'160.– (Fr. 2'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

5.2. Angesichts der finanziellen Verhältnisse der Klägerin wird die Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich sein. Daher ist die Parteientschädigung der Rechtsvertreterin des Beklagten direkt aus der Gerichtskasse zu bezahlen, unter Legalzession des Anspruchs (des Beklagten) auf den Kanton (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 8. August 2016 mit Bezug auf die Dispositiv-Ziffern 1-3 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Mangels Leistungsfähigkeit wird der Beklagte nicht zur Zahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen verpflichtet.
2. Mangels Leistungsfähigkeit wird der Beklagte nicht zur Zahlung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin verpflichtet.
3. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziffern 6-8) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'160.– zu bezahlen. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin des Beklagten, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, wird mit Fr. 2'160.– aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Anspruch des Beklagten auf Parteientschädigung geht mit Zahlung der Entschädigung an den Kanton über.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 21. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Oser

versandt am: jo